

## تزامن حق آزادی قراردادی و حق مصرف

مختار نعم\*

دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۷/۱۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱/۱۶)

### چکیده

در این مقاله درصددیم این ادعا را ثابت کنیم که در حقوق کنونی غایت حمایت از مصرف‌کننده از یک طرف تقدس آزادی قراردادی و جزو حق‌های اساسی بودن آن را رقیق کرده و از طرف دیگر، حق مصرف را به سطح حق‌های اساسی ترفیع داده است. سعی می‌کنیم آن افول شأن آزادی قراردادی و این ترفیع شأن حق مصرف را نه از دید نظری، بلکه به طور عملی و در رویه قضایی و قوانین مطالعه کنیم. در ادامه تلاش می‌کنیم تأثیر جدی‌گرفته شدن حق مصرف را از دو جهت «الزامی شدن معامله با مصرف‌کنندگان» و «ممنوعیت تبعیض بین آنان» مطالعه کنیم.

### واژگان کلیدی

ارزش اساسی، الزامی شدن معامله، تبعیض، رفاه‌گرایی، قرارداد مصرف.

---

Email: neammokhtar@gmail.com

\* فاکس: ۰۴۱۳۱۹۶۶۰۱۹

از استاد ارجمند راهنما جناب آقای دکتر حسن جعفری‌تبار که اینجانب را در نگارش این مقاله مستخرج از رساله دکتری نیز یاری کردند، بی‌نهایت سپاسگزارم.

## ۱. مقدمه

تاریخ حقوق قراردادها ثابت می‌کند که فردگرایان آزادی قراردادی را مقدس تلقی می‌کنند، زیرا قرارداد را خود عدالت می‌دانند و نه ابزار عدالت (Spitz, 2007: 28).<sup>۱</sup> مداخله نتیجه‌گرایانه در خصوص قراردادی را حتی اگر مطلوب اخلاق باشد (Flathman, 1987: 106-107)، منافی ذات آزادی می‌دانند (Kristjdnsson, 1992: 291) و سر این اعتقاد می‌روند که «... در داد و ستدها نمی‌توان با این توجیه دست دخالت دراز کرد که منافع اعضا جامعه به آن‌ها وابسته است»، زیرا «محدودکردن داد و ستد یا محدودکردن تولید به قصد محدودکردن داد و ستد، در واقع (همان) مخل (کردن) آزادی داد و ستد است» (میل، ۱۳۸۵: ۲۴۱). نزد اینان در حمایت از طرف ضعیف قرارداد همین اندازه مداخله بس است که مواظب سلامتی اراده‌اش باشیم (Dennis Patterson, 2010: 37; Brownsword, 1994: 26).

اما نزد رفاه‌گرایان و اجتماعی‌اندیشان «اراده حقوقی همان مطلق اراده یا اراده توانایی‌ها<sup>۲</sup> نیست، بلکه همانا اراده عدالت یا خوشبختی‌هاست<sup>۳</sup>»، زیرا «اراده در خدمت حقوق است نه حقوق در خدمت اراده». «کسی را حقی نیست، اگر تابع حقوق نیست». بدین خاطر جامعه می‌تواند به اعضای خود دیکته کند که «این اراده شود، زیرا همین عادلانه است». «نزد اینان، اصل آزادی از درون تهی است و به‌خودی‌خود نشان نمی‌دهد که کدام سودجویی و مغاینه مشروع است و کدام نامشروع؛ کدام اغتنام فرصت اعمال آزادی خود به حساب می‌آید و کدام

۱. در این باره باید عبارت مشهور آلفرد فوئییه (Alfred Jules Émile Fouillée 1838-1912) استاد فلسفه در قرن نوزده فرانسه را بازگو کرد: «عدالت (همانا) قراردادی (تابع قرارداد) است. هر آن کس گفت قراردادی، گفت عادلانه» "La justice est contractuelle. Qui dit contractuel, dit juste" برای مطالعه بیشتر درباره این عبارت فوئییه، علاوه بر مقاله اسپیتز، رجوع کنید به:

Starck Boris, Roland Henri et Boyer Laurent, Droit civil, Les obligations, T. II, Contrat, 6e éd., Paris, Litec, 1998, 5; Terré Francois, Simler Philippe et Lequette Yves, Droit Civil – Les Obligations, 8e éd., Paris, Dalloz, 2002, 31; Carbonnier Jean, Droit civil, T. 4, Les obligations, 18e éd., Paris, P.U.F., 1994, 51.

ناگفته نماند که سالی (Saleilles) نیز عبارتی شبیه عبارت فوئییه دارد: «عادلانه همین است، زیرا همین اراده شده است»:

"Cela est juste parce que cela a été voulu": Saleilles, De la declaration de volonté, Paris, 1901, 351.

2. "la volonté tout court ou celle de puissance".

3. "la volonté de justice ou de bien".

۴. مرحوم استاد کاتوزیان نیز بر این نظرند که «در حقوق کنونی، اراده در خدمت حقوق است نه اینکه حقوق کارگزار اراده باشد»: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، شماره ۸۵، ۱۳۸۰: ۱۴۶.

5. "Cela doit être voulu parce que cela est juste".

عبارات داخل گیومه از آن ایماننول گونو (Emanuel Gounot) منتقد لیبرالیسم در اوایل قرن بیستم است:

Gounot E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de

l'individualisme, thèse Dijon, 1912, raconté par: Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (F.), Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, obligation, théorié générale, 9e édition, Montchrestien, 1998, 67-69.

فرصت‌جویی نه به اعمال آزادی قراردادی خود که به نفی آزادی قراردادی طرف مقابل منجر می‌شود. پس قانون یا باید اندرون قرارداد را با احکام حامی خیر عمومی پر یا زمینه‌بهنیگی قرارداد در جانب طرف ضعیف را تأمین و تثبیت کند (Kronman, 1980: 472-511).

در این مقاله درصدد بازگویی دو تئوری بنیادین و متضاد حقوق قراردادهای یعنی اراده‌گرایی و رفاه‌گرایی نیستیم،<sup>۱</sup> بلکه به طور عینی، می‌خواهیم تقابل دو ارزش آزادی قراردادی و حق مصرف را به رخ بکشیم. می‌خواهیم با مطالعه در رویه قضایی و به‌خصوص قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و برخی کشورها، نشان دهیم که حق مصرف مطلوب و حمایت مثبت و تأمین‌کننده از مصرف‌کنندگان، تقدس آزادی قراردادی بازاریان را زدوده است. می‌خواهیم این نکته را بیان کنیم که حقوق کنونی در تعارض حق حرفه‌ای‌ها بر آزادی قراردادی خود و حق مصرف‌کنندگان بر تحصیل کالا و خدمت، جانب دومین حق را می‌گیرد و از سوگند دیروز خود بر تقدس آزادی قراردادی دست می‌کشد. آنچه در این مقاله ذکر می‌شود، صرفاً توصیه بر قانون‌گذار نیست، بلکه به‌خصوص با الهام از خود رویه قضایی، ارائه طریق برای دادگاه‌ها نیز است.

برای توفیق در این مطالعه ضرورت دارد که به ترتیب به این دو سؤال پاسخ دهیم: آیا آزادی قراردادی مصداقی از خود آزادی و تبعاً جزو حق‌های اساسی اشخاص است؟ حق مصرف مطلوب و دستیابی به نیاز مصرفی خود، جزو حقوق بشر و حق‌های اساسی اشخاص است؟

## ۲. انکار ارزش اساسی آزادی انعقاد قرارداد مالی

در حقوق فرانسه این سؤال مطرح شده است که اصل آزادی قراردادی چه نوع اصلی است؛ اصلی اساسی است یا قانونی؟ به عبارت دیگر، آیا اصل آزادی قراردادی ارزش اساسی دارد یا نه؟ جزو ارزش‌های بنیادین و اساسی تلقی می‌شود یا نه؟<sup>۲</sup> نتیجه و فایده عملی پاسخ به این سؤال‌ها نیز در ممکن‌بودن یا نبودن محدودیت آزادی قراردادی از سوی قانون عادی (مصوب مجلس) ظاهر می‌شود. اگر آزادی قراردادی جزو ارزش‌های (آزادی‌های) اساسی مدنظر قانون اساسی باشد، قانون عادی به هر مصلحتی نمی‌تواند آن را محدود کند یا نادیده بگیرد، بلکه باید شورای نگهبان قانون اساسی را نسبت به وجود ارزش (حق یا آزادی اساسی) معارض

۱. برای مطالعه بیشتر و دقیق‌تر درباره فلسفه حقوق قراردادهای و تقابل دو مکتب اراده‌گرایی و نتیجه‌گرایی، رجوع کنید به:

Benson Peter, 2010, Contract, in: Patterson Dennis, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory.

Second edition, Blackwell Publishing Ltd., 29-64.

2. la valeur constitutionnel de la liberté contractuelle.

هم‌سطح دیگری قانع کند، اما اگر آزادی قراردادی جزو آزادی‌های بنیادین و اساسی نباشد، قانون‌گذار می‌تواند بنا به هر مصلحتی معقول آن را محدود کند (Gahdoun, 2008: 369). برخی نویسندگان فرانسه بر این نظرند که مخالفت با ارزش اساسی اصل آزادی قراردادی جزئی است و قابلیت اعتنا ندارد (Rémy, 2003: 198). بعضی از این نیز فراتر رفته و مدعی شده‌اند که اساسی‌بودن ارزش اصل آزادی قراردادی نه در قلمرو فرانسه که در سطح اتحادیه اروپا و کشورهای اروپایی نیز جزو مسلمات است و از آورده‌های حقوق خصوصی اتحادیه<sup>۱</sup> به شمار می‌رود (Gahdoun, 2008: 369).

شورای قانون اساسی فرانسه در رأیی قدیمی باصراحت نظر داده است که «اصل حاکمیت اراده جزئی از اصول بنیادین مدنظر حقوق بشر و شهروندی است».<sup>۲</sup> این شورا آزادی قراردادی را نیز مشمول واژه عام و مطلق آزادی مدنظر اصل ۴ قانون اساسی<sup>۳</sup> می‌داند و تبعاً بر این نظر است که این قسم از آزادی نیز قابل تحدید نیست، مگر در صورتی که اولاً اعمال این آزادی از سوی شخص، آزادی دیگران را محدود کند و ثانیاً فقط قانون در این حالت تعارض دو آزادی مجاز است که در حد رفع خلل از آزادی اشخاص دیگر، اعمال آزادی قراردادی را محدود کند.

در یکی دیگر از تصمیمات این شورا می‌خوانیم: «طبق ماده ۱۷ از اعلامیه حقوق بشر و شهروندی،<sup>۴</sup> مالکیت حقی اساسی و غیر قابل نقض به شمار می‌رود و حمایت از این حق نیز یکی از اهداف جامعه سیاسی است. هر انسانی باید بتواند در راستای تأمین دارایی خود و ثمربخش کردن و تحول‌بخشیدن به آن دارایی، از توان قرارداد بستن برخوردار باشد» (Lajoie, 2002: 122).<sup>۵</sup>

شورای قانون اساسی فرانسه گامش را از این نیز پیش‌تر نهاده است، زیرا در نظر این شورا انتخاب شغل حقی اساسی است و این انتخاب بدون آزادی قراردادی میسر نمی‌شود (Mestre, 1984: 1).<sup>۶</sup> ژان مستر در این باره چنین استدلال می‌کند که آزادی انتخاب شغل نیز اقتضا می‌کند

1. *acquise de droit privé communautaire.*

2. *Cons. const. 27 novembre 1959, n 59-1.*

۳. طبق این اصل «آزادی عبارت است از توان اعمال هر آنچه که به دیگری ضرر نمی‌زند...».

۴. طبق این ماده «از آنجا که مالکیت حقی غیر قابل سلب و مقدس است، هیچ‌کس را نمی‌توان از این حق محروم کرد مگر اینکه، ضرورت اجتماعی مورد تأیید قانون، باصراحت این محروم‌کردن را اقتضا بکند، آن هم مشروط بر اینکه از قبل جبرانی عادلانه (در حق مالک) صورت بگیرد».

5. *C.C. 16 janv. 1982, Décision n 81-132.*

6. *C.C. 16 janv. 1982, Décision n 81-132.*

در این تصمیم، که به ملی‌کردن مربوط بود، شورای قانون اساسی با استناد به ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی چنین نظر داد که حق انتخاب شغل از مجرای انعقاد قرارداد، حقی اساسی به شمار می‌رود. برای دیدن تصمیمات بعدی این شورا که حق انعقاد قرارداد کار و انتخاب شغل را حقی اساسی دانسته است، رجوع کنید به:

که اصل آزادی قراردادی اصلی اساسی و عالی باشد و با هر سببی خدشه نپذیرد، زیرا آزادی انتخاب شغل حقی حیاتی و اساسی است و لازمه این حق نیز امکان انعقاد قرارداد است. اساسی بودن حق اشتغال امری بدیهی است. اینکه قانون اساسی فرانسه به حق آزادی انتخاب شغل تصریح نمی‌کند، صرفاً از باب موجزگویی در کلام و اکتفا بر حق مالکیت است (Ibid). باید گفت که وقتی نوبت به حق تجارت، صنعت و آزادی تجارت می‌رسد، شورای قانون اساسی فرانسه حکم خود را دگرگون می‌کند. قوه مقننه فرانسه بنا به دلایلی درصدد این است که توسل اشخاص خصوصی به امواج رادیویی به منظور تبلیغ را محدود کند و استفاده از این وسیله را در انحصار نسبی دولت قرار دهد. اما تردید قوه مذکور این است که این محدودیت و انحصار مبدا بر خلاف اصل آزادی تجارت باشد، اصلی که به مثابه اصل اساسی و حامل حقی بنیادین جلوه می‌کند. بدین دلیل از شورای قانون اساسی استعلام می‌کنند و شورای مذکور نیز به آنان چنین پاسخ می‌دهد: «هیچ اصل واجد ارزش اساسی فراراه قانون‌گذار مانع نمی‌شود که بتواند برخورداری از ابزار تبلیغی و انتشار پیغام‌های تبلیغی را بر مؤسسات منع بکند» (Lajoie, 2002: 124).

جایگاه ارزشی اصل آزادی انعقاد قرارداد مالی در دو رأی دیگر نیز سؤال می‌رود: نمایندگان مجلس فرانسه درصدد بوده‌اند که حداقل ساعات کاری کارگران را پایین‌تر بیاورند. این دخالت در قرارداد کار به یقین به محدودشدن آزادی کارگر، کارفرما و اتحادیه‌های آن‌ها در انعقاد آزاده قرارداد کار و توافق بر سر پیمان‌های دسته‌جمعی کار منجر می‌شود. بدین دلیل از شورای قانون اساسی استعلام می‌کنند که وضع چنین قانونی (پایین آوردن حداقل ساعات کار) بر خلاف قانون اساسی است یا نه؟. شورای مذکور ضمن بیان نتیجه که قانون مدنظر مجلس به نقض آزادی قراردادی منتهی نمی‌شود، بنای قضاوت خود را چنین بیان می‌کند: «قانون‌گذار نباید به اقتصاد آن قراردادهایی که طبق قانون منعقد شده‌اند چنان لطمه شدیدی وارد کند که به وضوح، به نادیده گرفتن آزادی مدنظر ماده ۴ قانون حقوق بشر و شهروندی منجر بشود» (Ibid: 131).

در موضوعی دیگر این نمایندگان درصدد تعیین سقف اجاره‌بهای مسکن بوده‌اند. تبعاً مخالفت کردن یا نکردن این تعیین با آزادی قراردادی را از شورای قانون اساسی استعلام می‌کنند و شورای مذکور با جدیت پاسخ می‌دهد که «اگرچه انگیزه تأمین مسکنی شایسته برای

préc., 123. Lajoie Christophe.

1. C.C. 30 et 31 octobre 1981, Décision n 81-129.

2. C.C. 10 juin 1998, Décision n 98-401; C.C. 23 juillet 1999, Décision n 99-416.

هر انسان، خود مقتضای نفع ملی است، ولی لطمه وارده از این محل بر آزادی قراردادی موجرین و بر توافق آنان در مقایسه با تحقق این نفع ملی، بس شدیدتر خواهد بود»<sup>۱</sup>. (Ibid).

در مقام نقد باید گفت که شورای قانون اساسی فرانسه، در هر دو موضوع در نهایت محدود شدن آزادی قراردادی را مجاز ندانسته است، اما جرأت این تحلیل را داده است که بگوییم اولاً آزادی قراردادی حقی مطلق نیست و قابلیت تحدید دارد. ثانیاً معیار تشخیص قابلیت تحدید نیز صرفاً وجود و ناحق بودن اساسی معارض دیگر نیست، بلکه مصلحتی معقول و نفع عمومی نیز می‌تواند مقتضای تحدید باشد. مؤید این ادعا نظر دیگر شورا در خصوص حدود آزادی انعقاد قرارداد کار است: «قانون‌گذار نمی‌تواند در مفاد قراردادها دست دخالت دراز کند مگر در راستای هدفی که مقتضای «نفع عمومی قابل اعتنا»<sup>۲</sup> باشد» (Ibid: 132).

آری، شورای قانون اساسی فرانسه در دو رأی دیگر، به همه تردیدها پایان بخشید و با صراحت اعلام کرد که آزادی قراردادی از ارزش اساسی برخوردار نیست. نخست در سال ۱۹۹۴ به اجمال چنین نظر داد که قانون و رویه قضایی می‌توانند آزادی قراردادی را به جهاتی خاص نادیده بگیرند، زیرا «هیچ ارزش اساسی اصل آزادی قراردادی را تضمین نمی‌کند»<sup>۳</sup>.

بروسول در نقد این رأی نوشته است که شورای قانون اساسی همانا در صدد ایجاد تعادل بین آزادی و برابری در رابطه قراردادی بوده است.<sup>۴</sup> شورای مذکور سه سال بعد نظر پیشین خود را چنین تبیین کرد که «اصل آزادی قراردادی به خودی خود از هیچ ارزش اساسی برخوردار نیست. این اصل نه از ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی نشأت می‌گیرد و نه از هیچ نرم واجد ارزش اساسی همچون اصل حاکمیت اراده»<sup>۵</sup>. البته این شورا یکبار در سال ۱۹۵۹ نیز بر این نظر بود که قانون‌گذار می‌تواند بر اصل حاکمیت اراده «محدودیت‌هایی با خصیصه عمومی را وارد کند که این محدودیت‌ها برخی مداخله‌های ضروری قدرت عمومی در روابط قراردادی خاصی را تجویز می‌کند» (Luchaire, 1982: 262).

1. C.C.7 decembre 2000, Décision n 2000-436. Voir aussi: JCP 2001, éd. N, 494, J.-L. BOURGEOIS.

2. "intérêt général suffisant".

3. C.C.13 janvier 2000, Décision n 99-423. Raconté par: Lajoie Christophe, préc., 131 et 132.

4. Cons. Const. 3 août 1994, J. C. P. 1995, II, 22404, note Broussole; RTD civ. 1996, 151, obs. Mestre.

کمیسیون اعمال بورس فرانسه نیز چنین اعتقادی دارد:

COB, 11 avr. 1995, raconté de: Code Civil, 109e éd., Dalloz, 2010, les annotés à l'Art. 1101 de Code Civil Fran Çais, 1219.

5. J.C.P., 1995, II, 22404, note Y. Broussole, cite par Chazal, De La Puissance Economique. En Droit Des Obligations, these, Grenoble II, 1996, no 208, note 902 et 904.

6. Cons. const. 20 mars 1997, n 97-388, JCP 1997, éd. G, I, n 4039, obs. M. Fabre-Magnan; Rtd civ.

1998, 99, obs. J. Mestre.

7. Cons. Const., 27 novembre 1959.

### ۳. اساسی تلقی کردن حق مصرف

به نظر برخی، «حق مصرف»<sup>۱</sup> یعنی «حق هر فرد بشر بر استفاده از حداقل‌های ضروری برای زندگی کردن»؛ یعنی بتواند «خود را سیر بکند، کار بکند، از تأمین و کمک‌های اجتماعی برخوردار باشد، محیط‌زیستی سالم داشته باشد و نیز از مسکنی شایسته برخوردار باشد» (Caumes, 2010: 60). این تعریف خیلی وسیع است و همه ضرورت‌های زندگی مطلوب را دربر می‌گیرد. چنان وسیع است که سبب اختلاط حوزه حقوق مصرف با حقوق کار و محیط‌زیست می‌شود. برای احتراز از آرمان‌گرایی و به‌منظور رعایت واقعیت مبادله در اقتصاد بازار آزاد و برای هماهنگ کردن حق مصرف با احکام حقوق مصرف، می‌توان گفت که حق مصرف یعنی حق هر یک از انسان‌ها بر تحصیل کالا، خدمت و اعتبار لازمه حداقل‌های زندگی.

در این بند نخست این واقعیت دیرین را می‌خوانیم که ارزش اساسی حق مصرف مطلوب فدای مصلحت‌ها شده است. سپس، این حکم موجود در حقوق برخی کشورها را مرور می‌کنیم که خصیصه اساسی داشتن حق مصرف را جدی گرفته‌اند.

#### ۳.۱. حق مصرف و مصلحت

آن‌ان که بر اساسی تلقی شدن و وارد شدن حق مصرف در شمار حقوق اساسی روی خوش ندارند، انگشت روی مصلحت‌ها می‌گذارند: اگر حقوق مصرف‌کننده (حق بر مصرف مطلوب) نیز جزو حقوق بشر تلقی شود، حق‌های مقدم و یقینی بشر همچون حق حیات و بیان اهمیت خود را از دست می‌دهند، زیرا اهمیت حقوق بشر در این است که تعدادشان انگشت‌شمار باشد (Kenner, 2003: 3; Alston, 1979: 39; Alston & Steiner, 2000: 237).

به نظر برخی دیگر حق مصرف مطلوب بدین جهت نباید جزو حقوق بشر باشد که آزادی عمل شرکت‌ها را محدود و آن‌ها را بر رعایت استانداردهای دقیق ملزم می‌کند (Wieden baum, 1987: 732). تضمین آزادی تولید و داد و ستد اقتضا می‌کند که حق مصرف حقی ثانوی باشد نه اولیه، حقی که چگونگی‌اش به دست رضایت و توافقی‌های خصوصی سپرده شود و نه به دست دخالت آمره و قطعی قانون اساسی (Wieden boum, 1987: 732).

نزد برخی دیگر حق مصرف مطلوب حقی است تجملی و لوکس که اولاً کشورهای ثروتمند و صنعتی می‌توانند آن را تضمین کنند (Alston & Steiner, 2000: 16). ثانیاً جزو حقوق بشر تلقی کردن و درج این حق در قانون اساسی تکلیفی را بر عهده دولت می‌گذارد که بعید

1. droit à la consommation.

است به‌خصوص در شرایط بحرانی اقتصادی بتواند از عهده این تکلیف برآید و عملی‌شدنش را استمرار و دوام بخشد. اعلام چنین تکالیفی بر ذمه حکومت انتظاری را در ملت می‌آفریند که دیر یا زود به یقین غیرممکن می‌شود (Benohr & Micklitz, 2010: 25).

برخی نیز از ترس اقتدار یافتن دادرسان توصیه می‌کنند که حق مصرف جزو سیاهه حق‌های اساسی نباشد؛ هر اندازه که شمار حقوق بشر و حق‌های اساسی در قوانین فزونی یابد، عملی‌کردن آن‌ها به‌خصوص با لحاظ محدودیت‌های اقتصادی سخت‌تر خواهد شد. تبعاً به رسمیت‌شناختن و تقنین این حق‌ها در حد قانون اساسی فایده‌ای جز این نخواهد داشت که دادرسان نه بر مبنای عدالت که از سر انصاف و مصلحت‌گرایی رأی را صادر کند که هرگز قابل پیش‌بینی و تمهید نبوده است (Butt, Keubert & Schultz, 1999: 11). این در حالی است که حقوق از یک طرف انصاف موضوعه را برمی‌تابد و نه انصاف طبیعی و مطلق را و از طرف دیگر، مصلح‌بودن قاضی قابل تحمل است و نه مصلحت‌اندیش‌بودن او (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳: ۸۹). وانگهی اگر هم دولت بر اجرای حق مصرف به‌مثابه حق اساسی و مصداقی از حقوق بشر قادر باشد، باز در مقام عمل با خطر تفسیر دادرسان روبه‌رو هستیم، زیرا حق اساسی تاب تفاسیر مختلف را دارد که البته کش‌دار بودن تفسیر حق نیز حدود و ثغور تکلیف مخاطبان را غیرقطعی می‌کند (Benohr & Micklitz, 2010: 25).

### ۳.۲. جدی‌گرفتن حق مصرف

قوانین ایران و به‌خصوص قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان<sup>۱</sup> بر ارزش اساسی و والاداشتن حق مصرف‌کنندگان تصریح نکرده است. بدین‌دلیل ناچاریم که به مطالعه تطبیقی روی نهیم و با الهام از این مطالعات روی قانون اساسی و معدود آرای دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران تمرکز کنیم. برخی نظریه‌پردازان اساسی و جزو حقوق بشر تلقی کردن حق مصرف را لازمه جدی‌گرفتن این حق می‌دانند (Harding, Kohl & Sakmon, 2008: 58). تضمین حق مصرف و منع قانون عادی و دادگاه‌ها از نادیده‌گرفتن آن ملازمه با این دارد که این حق در دفتر حق‌های اساسی نوشته شود تا شورای قانون اساسی با جدیت بر مصونیت آن نگرهبانی دهد و نگذارد که فدای حق‌های اساسی دیگر به‌خصوص حق آزادی قراردادی و حق مالکیت بشود (Alston & Steiner, 2000: 16; Kenner, 2003: 3; Deutsch, 1994: 541).

بعضی نیز بر این نظرند که حق‌های اجتماعی و اقتصادی همچون حق مصرف، حق‌هایی هستند مبنایی و مهم‌تر از دو نسل اول و دوم حقوق بشر؛ همچون حق حیات و بیان (Eide & Rosas, 2001: 17). زیرا تضمین آن دو نسل مقدم حقوق بشر و عملی‌شدن آن‌ها صرفاً با رفتار

۱. مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵.

منفی و نفی مداخله تحقق نمی‌یابد، بلکه به برخورداری از حداقل نیازها آن هم به هزینه و فعالیتی آسان بستگی دارد. حق مصرف مطلوب همانا لازمه پانهادن در مرحله اعمال حق بر آزادی اندیشه و بیان است (Weiss, 2002: 74) و گرنه، عقل باور نمی‌کند که شکم گرسنه و خانه خالی از طعام باشد و آنگاه انسان به آزادی و رهایی از بردگی بیندیشد.<sup>۱</sup> به قول برلین «آدمیزادی که از غذای کافی و گرما و سرپناه و حداقل امنیت محروم باشد، نمی‌توان از او توقع داشت که ذهن خود را به مسائلی چون آزادی معامله یا آزادی مطبوعات مشغول بدارد» (برلین، ۱۳۶۸: ۵۳). بنا به نظر گرین نیز «برداشتن اجبار و مختارگذاشتن یک انسان که هرچه دلش می‌خواهد بکند، به‌خودی‌خود کمکی برای آزادی نیست. آرمان آزادی راستین این است که بیشترین توانایی برای کلیه اعضای جامعه به نحو یکسان تأمین شود تا خود را به کمال برسانند» (Green, 1906: 371-2). پس باید گفت که حق مصرف مبنای حق آزادی است، زیرا انسان اگر از بند نیاز مادی خود رها نباشد نمی‌تواند بندگی خود را از دیگران نیز بگسلد.

آن‌گونه که برخی (Benohr & Micklitz, 2010: 26) نوشته‌اند تا سال ۲۰۱۰، ۲۶ کشور حق مصرف شایسته را حقی اساسی دانسته و وارد قانون اساسی خود کرده‌اند، از جمله می‌توان به کشورهای فیلیپین، کره جنوبی، تایلند، ویتنام، آفریقای جنوبی، جمهوری یمن، ازبکستان، بلغارستان، لهستان، پرتغال، اسپانیا، اوکراین، آرژانتین، برزیل، کلمبیا، کاستاریکا، اکوادور، پاراگوئه، پرو، مکزیک، تیمور شرقی، سوئیس و ایتالیا اشاره کرد.<sup>۲</sup> به‌خصوص در قانون اساسی سه کشور ایتالیا، پرتغال و اسپانیا حق‌های اجتماعی و همبستگی در فصلی واحد گردآمده‌اند که حقوق مصرف‌کننده نیز یکی از این حق‌هاست. این درج سبب شده است که دادگاه قانون اساسی این کشورها رعایت این حق‌ها را به طور موردی و در دعاوی نیز کنترل کند (Alpha, 2005: 725).

قانون اساسی اسپانیا در سال ۱۹۷۸ حق مصرف را جزو حق‌های اساسی اعلام کرد. ماده ۵۱ در فصل سوم از این قانون اساسی آمده است. فصل سوم اصول اقتصادی و اجتماعی را دربر دارد. در بند اول از اصل ۵۱ می‌خوانیم: «دستگاه‌های دولتی باید حمایت از مصرف‌کنندگان را تضمین بکند و از طریق ساز و کارهای مؤثر و کارآمد، ایمنی، سلامتی و منافع مشروع اقتصادی آنان (مصرف‌کنندگان) را پشتیبانی کند». در بند ۲ از اصل ۵۱ نیز می‌خوانیم: «دستگاه‌های دولتی باید اطلاعات و آموزش لازم را برای مصرف‌کنندگان ارائه دهد،

۱. یعنی بگویم که حق بر مصرف شأن مقتضی را دارد؛ انسانی که از مصرف مطلوب محروم باشد، نمی‌تواند بی‌گیر حق‌هایی چون آزادی نیز باشد. استاد جعفری‌لنگرودی (۱۳۷۴). *ترمیم‌نویزی حقوقی*، چاپ هفتم، صفحه ۶۷۷. انتشارات گنج دانش. از برای تفهیم معنای واژه مقتضی به این بیت سعدی استناد می‌کند که اهمیت برخورداری از مصرف موردنیاز را می‌رساند:  
شکم گرسنه و خانه خالی ز طعام  
عقل باور نکند کز رمضان اندیشد

2. WWW. Consumerinternational.org/ Templates/ International.asp?.

سازمان‌های (نهادهای) مصرف‌کنندگان را شکوفا کند و به شکایاتی که در رابطه با تضرر اعضای آن سازمان‌ها (نهادهای) است، رسیدگی کند.<sup>۱</sup> از منظر برخی درج این حق در قانون اساسی نشان از اتخاذ و الزامی کردن اصول دولت رفاه در این کشورها دارد ( Butt, Keubert & Schultz, 1999: 17).

در قانون اساسی پرتغال نیز اصل شصتم این قانون که در سال ۱۹۸۲ اتخاذ شده است، حق مصرف‌کنندگان را حقی اساسی اعلام می‌کند. این حق‌ها عبارت‌اند از حق سلامتی، حق بر منافع اقتصادی، حق بر تبلیغ منصفانه و حق انجمن‌های حمایت از مصرف‌کنندگان بر طرح دعوا.<sup>۲</sup>

اصل ۷۶ از قانون اساسی لهستان نیز حق مصرف‌کننده را حق اساسی دانسته است. به زعم نویسندگان فلسفه اساسی‌سازی این حق این بوده است که از ورود آسیب به این حق و قربانی شدنش در قبال هر هدف اقتصادی جلوگیری شود و رویه‌های ناعادلانه بازاریان خطاب به مصرف‌کنندگان جدی گرفته شود (Letowska, 2007: 227).<sup>۳</sup>

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیچ اصلی از «حق مصرف» صحبت نمی‌کند، اما این بدین معنی نیست که هیچ‌یک از اصول قانون اساسی بر جدی‌گرفتن «حق مصرف» دلالت نداشته باشند. بند نه از اصل سوم قانون اساسی یکی از طرق نیل به عدالت را «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی» می‌داند (ایمانی و قلمیری، ۱۳۸۸: ۴۰-۴۶). بند دوازدهم از این اصل نیز «پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف‌ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه» را طریق نیل به عدالت می‌داند (هاشمی، ۱۳۸۴: ۵۳۲). طبق اصل بیستم قانون اساسی نیز «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند» (ایمانی و قلمیری، ۱۳۸۸: ۱۳۷ و هاشمی، ۱۳۸۴: ۵۰۵). طبق اصل سی و یکم قانون اساسی نیز «داشتن مسکن مناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آن‌هایی که نیازمندترند، به‌خصوص روستانشینان و کارگران، زمینه اجرای این اصل را فراهم آورد» (همان: ۲۵۶-۲۵۹ و همان، ۱۳۸۲: ۲۸۶).

بیشترین ارتباط را بر حق مصرف همانا بندهای اول و پنجم اصل چهل و سوم قانون اساسی دارند: «برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت و

1. www.lexadin.com.

2. www.lexadin.com.

۳. البته Letowska متذکر می‌شود که با وجود درج این حق در قانون اساسی، باز دادگاه‌ها هر از چند گاهی در آرای خود آن را جدی نمی‌گیرند.

برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد با حفظ آزادی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران براساس ضوابط زیر استوار می‌شود:

۱. تأمین نیازهای اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه؛
۲. منع اضرار به غیر، انحصار، احتکار، ربا و دیگر معاملات باطل و حرام (همان: ۳۲۰-۳۴۳ و همان: ۳۸۰-۳۸۱).

رگه‌هایی از جدی گرفته شدن حق مصرف را در رویه قضایی نیز احساس می‌کنیم. برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه در نظر جدید خود حق مصرف‌کنندگان بر دعوای جمعی را مقتضای حقوق بشر دانسته است.<sup>۱</sup> دادگاه عدالت اروپایی نیز شرط استفاده نکردن مستأجر از آنتن ماهواره‌ای را برخلاف حق مستأجر بر آزادی اطلاعات دانسته است (Caumes, 2010: 138 et 140).<sup>۲</sup> شورای قانون اساسی فرانسه در رأی دیگر خود به تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۹۵ درخصوص حق مسکن اعلام کرده است که «امکان برخورداری هر انسان از یک مسکن شایسته امری دارای ارزش اساسی است». به نظر شورا، این حق از ضرورت «حفظ شرافت انسانی در قبال هر نوع خفت و خواری» برمی‌خیزد.<sup>۳</sup>

در تبیین رأی اخیر گفته‌اند که یکی حق‌هایی از که از انسانیت انسان برمی‌خیزد، حمایت شدن انسان در بعد اجتماعی است. این حمایت مقتضای «شرافت وجودی»<sup>۴</sup> انسان است (Ibid: 59).<sup>۵</sup> بدین معنی که انسان برای شکوفاشدن برخی نیازهای اساسی دارد که بدون برآورده شدن این نیازها «وجود انسان یا حس نمی‌شود و یا واقعاً ناقص حس می‌شود» (Decocq, 1960: 7; Sayag, 1969: 44; Revet, 1998: 146).<sup>۶</sup> حق برخورداری از یک زندگی مطابق با شرافت انسانی اقتضا می‌کند که «حق مصرف» را رعایت کنیم (Caumes, 2010: 60).

1. Décision n 2014-690 DC du 13 mars 2014; [www. C:\Documents and Settings\Administrator\Desktop\14 7 94\Décision n 2014-690 DC du 13 mars 2014.htm](http://www.C:\Documents and Settings\Administrator\Desktop\14 7 94\Décision n 2014-690 DC du 13 mars 2014.htm).

2. L'affaire Khurshid Mustafa et Tarzibachi, Cour EDH: Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 2008:

موجری علیه مستأجران خود شرط می‌کند که آنان نمی‌توانند از آنتن پارابولیک استفاده کنند. انگیزه او حفظ زیبایی معماری و نمای بیرونی ساختمان بود. دادگاه اروپایی حقوق بشر با این استدلال شرط را نادرست اعلام می‌کند که بر خلاف حق مستأجر بر آزادی اطلاعات است. آنتن‌های پارابولیک سیگنال را در یک جهت عمودی یا افقی پخش می‌کند. زاویه تابش در جهت عمودی ۶ درجه و در جهت افقی آن ۴ درجه است. این آنتن را می‌توان برای تقویت سیگنال به منظور ارسال اطلاعات در فواصل دور به کارت وایرلس متصل کرد.

3. Cons. const., décis. n 94-359 DC, du 19 janvier 1995, JO du 21 janvier 1995, 1166.

4. la dignité existentielle.

۵. پولیا نیز بر این نظر است که حق برخورداری از مسکن شایسته مقتضای شرافت انسان است: Pauliat, 1995: 293.

۶. به نظر روه (۱۹۶۷) شرافت انسانی به «تغذیه انسان، به برخورداریش از مراقبت و از گرما و به پول برای تحصیل دائمی آن‌ها» نیاز دارد.

جدی گرفته شدن حق مصرف را در رأی از دادگاه‌های ایران نیز می‌بینیم: ساکنان محله‌های فقیرنشین و به‌خصوص حومه تبریز از شرکت‌های گاز، برق و مخابرات تبریز تقاضای اشتراک و انشعاب کرده‌اند، اما شرکت‌های مذکور آن‌ها را با این استدلال قانونی از حق مصرف کالاها و خدمات عمومی مذکور محروم می‌کنند که شهرداری برای آن مناطقی که غیراصولی ساخته شده‌اند و مشمول جوازهای شهرداری و وزارت مسکن نیستند، مجوز حفر و لوله‌کشی و سیم‌کشی در زیرزمین را نمی‌دهد. ساکنان محله‌های مذکور علیه شرکت‌های مذکور طرح دعوا می‌کنند. شعبه چهاردهم از دادگاه عمومی حقوقی تبریز در رأی خود به تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱۸<sup>۱</sup> چنین استدلال کرده است و شرکت‌های مذکور را به اعطای انشعاب و اشتراک به خواهان‌ها در عوض تعرفه قانونی ملزم می‌کند: «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نسبت به کرامت و ارزش والای انسان، ... رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی، ایجاد نظام اداری صحیح، ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت، در زمینه‌های مختلف از جمله بهداشت» تأکید دارد.<sup>۲</sup> این در حالی است که این خواهان‌ها با وجود اینکه تحت پوشش شبکه آب و فاضلاب و گازرسانی‌اند «از گاز شهری و آب مشروب که حداقل حقوق انسانی و شهروندی جهت ادامه حیات محسوب می‌شود، محروم‌اند». این محرومیت‌ها رعایت فرایض نظافت و عبادت را برای این خواهان‌ها به‌خصوص در هوای سرد زمستان دشوار می‌کند.<sup>۳</sup> «طبق توصیه بند ۱، ۲ و ۳ از ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون حقوق کودک و کنوانسیون بهداشت جهانی دولت‌ها مکلف‌اند ... مایحتاج ضروری انسان‌ها را تأمین نمایند». وانگهی، «طبق آیه شریفه «هو الذی انزل من السماء ماء لیطهرکم به ...». «همه انسان‌ها در جمهوری اسلامی ایران و تحت سایه درخت تنومند ولایت فقیه حق استفاده و بهره‌مندی از منابع خدادادی آب، گاز و برق را دارند».

باید گفت که حق مصرف گرچه در تئوری بر آزادی قراردادی غالب است و در عمل نیز بعضی وقت‌ها به طور مصداقی بر آن غالب می‌آید، هنوز به حد قاعده و حق عام و مطلق نرسیده است. دلیلش به یقین مصلحت آزادی تجارت و ناتوانی در رعایت کامل حق مصرف است. بهتر است که به جای بحث انتزاعی ارزش اساسی داشتن حق مصرف، لازمه‌های این ارزش را در حقوق موضوعه مطالعه کنیم.

۱. و به شماره دادنامه ۸۸۰۹۹۷۴۱۱۱۴۰۰۰۶۶

۲. منظور بند ۹ از اصل سوم و اصل بیستم قانون اساسی است.

۳. دادگاه به روایات «الظافه من الایمان» و «بنی‌الاسلام علی‌الظافه» و به ستون دین بودن نماز در سایه برخورداری از آب و نظافت اشاره می‌کند.

#### ۴. لازمه اساسی تلقی کردن حق مصرف

لازمه اساسی تلقی شدن حق مصرف این است که حرفه‌ای‌ها اولاً بر معامله با مصرف‌کنندگان مکلف باشند؛ یعنی مگر به جهاتی موجه، نتوانند از معامله با آنان خودداری کنند. ثانیاً حق تبعیض بین مصرف‌کنندگان مختلف به جهات نامشروع و غیراخلاقی را نیز نداشته باشند. تبعیض بین مصرف‌کنندگان اغلب مصداقی از همان خودداری از معامله کردن است، اما از آنجا که این رفتار بازاریان نه صرف خودداری از تأمین مصرف‌کنندگان بلکه، نوعی توهین کردن و تحقیر آن‌ها نیز است، تبعیض را به منزله محدودیتی مستقل فراراه آزادی قراردادی مطالعه می‌کنیم.

#### ۴.۱. مکلف شدن حرفه‌ای‌ها به معامله با مصرف‌کنندگان

طبق بند الف از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴، احتکار و استتکاف از معامله جزو اعمال مخل رقابت به حساب می‌آیند.<sup>۱</sup> به موجب شق سوم از بند الف، امتناع از فروش کالا یا ارائه خدمت اگر به بالا رفتن ساختگی قیمت کالا یا خدمت در بازار منجر شود، از مصداق احتکار و استتکاف از معامله به حساب می‌آید. قانون تعزیرات حکومتی<sup>۲</sup> و قانون نظام صنفی کشور<sup>۳</sup> احتکار و خودداری از معامله را جرم انگاشته‌اند.

۱. اینکه برای اساسی تلقی شدن حق مصرف به مقررات راجع به رقابت استناد می‌کنیم، به جهت این مبنای فکری است که اولاً حقوق رقابت چون از تاجر و شخص حرفه‌ای در مقابل تاجر و شخص حرفه‌ای حمایت می‌کند، به طریق اولی از غیرتاجر و غیرحرفه‌ای یعنی از مصرف‌کننده در قبال شخص تاجر و حرفه‌ای حمایت می‌کند. ثانیاً، غایت حقوق رقابت کنونی برخی از استادان حقوق رقابت، همانا حمایت از مصرف‌کنندگان است. برای مطالعه بیشتر در این باره رجوع شود به:

Ginsburg Douglas H. & Judge Bork, Consumer Welfare, and Antitrust Law, 31 Harvard Journal of Law & Public Policy, 2008: 449-54.

ماده ۶۲ از قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به طور ضمنی غایت بودن رفاه مصرف‌کنندگان بر حقوق رقابت را تأیید می‌کند، زیرا این ماده به مصرف‌کنندگان و انجمن‌های آنان نیز حق داده است که در شورای رقابت از رویه‌های ضدرقابتی شکایت کنند: «شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی است و مکلف است رأساً و یا براساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیردولتی، بررسی و تحقیق درخصوص رویه‌های ضدرقابتی را آغاز و در چارچوب ماده ۶۱ این قانون تصمیم بگیرد...».

۲. مصوب ۶۷/۱۲/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ طبق ماده ۴ از قانون تعزیرات حکومتی احتکار «عبارت است از نگهداری کالا به صورت عمده با تشخیص مرجع ذیصلاح و امتناع از عرضه آن به قصد گران‌فروشی یا اضرار به جامعه پس از اعلام ضرورت عرضه توسط دولت». طبق ماده ۷ این قانون «اخفا و امتناع از عرضه کالا» «عبارت است از خودداری از عرضه کالای دارای نرخ رسمی به قصد گران‌فروشی یا تبعیض در فروش».

۳. مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۱۲؛ طبق ماده ۶۰ از این قانون احتکار یعنی «نگهداری کالا به صورت عمده با تشخیص مراجع ذیصلاح و امتناع از عرضه آن به قصد گران‌فروشی یا اضرار به جامعه پس از اعلام ضرورت عرضه از طرف وزارت بازرگانی یا سایر مراجع قانونی ذی‌ربط».

طبق ماده ۱-122 L. از کد مصرف فرانسه<sup>۱</sup> نیز «خودداری از فروش کالا یا ارائه خدمت<sup>۲</sup> به مصرف‌کننده مگر به جهتی مشروع، ممنوع است...». پس داروخانه‌ای که قرص ضدبارداری را صرفاً با این توجیه به مشتری نمی‌فروشد که از دید وجدانی و اخلاقی در فشار است<sup>۳</sup> و متصدی رستورانی نیز که از پذیرش و ارائه خدمت با این بهانه خودداری می‌کند که غذای مدنظر متقاضی در بار مصرف می‌شود و نه در رستوران،<sup>۴</sup> تکلیف قانونی مذکور را نقض کرده‌اند و مستوجب کیفرند.

طبق نص ماده اگر طرف حرفه‌ای به جهتی مشروع از قبول تقاضای مصرف‌کننده خودداری کند، مسئولیتی نخواهد داشت. همان‌طور که از دو رأی ذکر شده نیز برمی‌آید، اثبات وجود چنان جهتی، بر عهده خود طرف حرفه‌ای است، اما تشخیص مشروعیت آن جهت در صلاحیت دادگاه است.<sup>۵</sup> با استقرا از رویه قضایی فرانسه ثابت می‌شود که جهات مشروع از برای امتناع از معامله با مصرف‌کننده اغلب عبارت است از سوء‌عرض مصرف‌کننده،<sup>۶</sup> بداخلاقی مصرف‌کننده،<sup>۷</sup> غیرعادی بودن<sup>۸</sup> یا موجود نبودن موضوع تقاضای<sup>۹</sup> او (Calais Auloy et Temple, 2010: 246; Lefebvre, 2000: 604-5).

حال سؤال این است که این تکلیف حرفه‌ای‌ها نزد قانون یا رویه قضایی بر انعقاد قرارداد با مصرف‌کنندگان، محدودیتی واقعی یعنی خارج از اقتضای خود آزادی فراراه آزادی قراردادی تلقی می‌شود یا نه؟ در پاسخ باید گفت که نزد متعصبان آزادی، آزادی قراردادی با آزادی از قرارداد<sup>۱۰</sup> نیز ملازمه دارد (Atiyah, 1979: 742). مکلف شدن بر قرارداد بستن با دیگران چه به

۱. مأخوذ از قانون اول دسامبر سال ۱۹۸۶ در خصوص آزادی قیمت و رقابت.

۲. مقررات قانون تعزیرات حکومتی و قانون نظام صنفی ایران به خودداری از ارائه خدمت اشاره نکرده‌اند. بند ب از ماده ۶۴ قانون نظام صنفی فقط از «فروش اجباری خدمت» صحبت می‌کند.

3. Cass. Crim., 21 oct. 1998, RTD com. 1999: 526, obs. Bouloc.

4. TGI Paris, 24 sept. 1991: JCP 1992. IV, no 199.

۵. کد محشای مصرف فرانسه، انتشارات دالوز، ویرایش پانزدهم، سال ۲۰۱۰، مقدمه بر ماده ۱-122 L.، ۱۸۴. سؤال این است که این ارزیابی در صلاحیت دیوان عالی نیز است یا نه؟

۶. همچون مفلس بودن مصرف‌کننده یا بدحساب بودن او به ترتیب در این دو رأی:

CA Paris, 27 janv. 1981: Gaz. Pal. 1981: 479, note Simonard; CA Paris, 23 mars 1982. Raconté par: Lefebvre Francis, Droit des Affaires, Concurrence-Consommation, Dalloz, 2000, 605.

۷. همچون گفتار تلخ و رفتار بی ادبانه یک مصرف‌کننده

TGI Versailles, 7 mars 2003: Lettre distrib. Mai 2003, 4.

۸. مثلاً تقاضا کردن یک قطعه از یک کالا در حالی که به منزله شیء واحد یا مجموعه فروخته می‌شود.

۹. همچون خودداری داروخانه از تحویل دارو به متقاضی بدین جهت که آن دارو تمام شده است و در قفسه داروخانه موجود نیست؛ به‌زعم شعبه کیفری دیوان عالی فرانسه هیچ نص قانونی دلالت بر این ندارد که متصدی داروخانه بر تعیل سفارش مصرف‌کننده و وفای به آن از محل عرضه‌کننده‌ای دیگر مکلف باشد:

Cass. Crim., 16 juin 1981, Dalloz 1982: 190, note Sfez.

10. freedom from contract.

طور ابتدایی و نسبت به اصل انعقاد، چه نسبت به مفاد قراردادی که بر اصل انعقاد رضایت داریم و چه به طور استدامی بر حفظ و ادامه رابطه قراردادی، نوعی محدودیت بر آزادی قراردادی است (Barnett, 1992: 77-79; Kessler & Fine, 1964: 409).<sup>۱</sup> مرحوم استاد کاتوزیان نیز در جایی بر این نظرند که «الزام اشخاص به بستن قرارداد بر خلاف یکی از اصول ناشی از اصل آزادی قراردادی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۹).

در مقام تأیید می‌توان گفت که اجباری‌شدن انعقاد قرارداد با دیگران از آنجا که به هدفی غیر از حفظ آزادی مشابه دیگران و همانا به انگیزه تأمین رفاه و نیاز آنان صورت می‌گیرد، محدودیتی دقیق برای آزادی قراردادی طرف اجبارشونده است، زیرا از منظر اصل حاکمیت اراده و آزادی منفی، انسان‌ها تکلیفی که نسبت به آزادی یکدیگر و از جمله آزادی قراردادی یکدیگر دارند، صرفاً عبارت است از خلل‌نزدن به آزادی آنان و نه کمک‌کردن بر آن آزادی. پس باید نظر آن‌هایی را پذیرفت که نظم عمومی اقتصادی و اجتماعی را مقتضی تحمیل تعهد به انعقاد قرارداد می‌دانند.<sup>۲</sup>

در مقام نقد باید گفت که التزام حرفه‌ای‌ها بر انعقاد قرارداد با مصرف‌کنندگان، همیشه در همه مصادیق و به یک شدت، برای آزادی قراردادی محدودکننده تلقی نمی‌شود، بلکه در بعضی مصادیق می‌توان این توجیه را آورد که التزام مذکور به منظور اصل آزادی است. بدین توضیح که اگر شغل طرف حرفه‌ای و کالا یا خدمت موضوع شغل او خصیصه انحصاری داشته و تصدی انحصاری او را نیز قانون تجویز کرده باشد، التزام او بر انعقاد قرارداد با مصرف‌کنندگان مابینتی با اقتضای اصل آزادی ندارد، زیرا قانون جواز آن تصدی را مقید به تأمین نیاز همگان اعطا کرده است و نه صرفاً به منزله جواز تجارت. چنین عرضه‌کننده انحصاری اصلاً از اول یعنی از لحظه اخذ جواز، آزادی خودداری از انعقاد را نداشته است، زیرا او ضمن اخذ جواز اقدام بر عرضه‌ای انحصاری، تعهد داده است که با همگان قرارداد منعقد کند. پس مکلف‌کردن او بر انعقاد به منظور آن تعهد پیشین است. تعهد او نیز مجانی و به بهای اسقاط آزادی تجارتش نیست: او تعهد می‌کند که به همگان عرضه کند و با همه قرارداد ببندد. دولت نیز تعهد می‌دهد که بازار مربوطه را در حالت انحصاری نگه دارد و به همگان مجال ورود و رقابت را ندهد تا رجوع تعداد کافی و بهینه از متقاضیان بر این متعهد تضمین شود.

۱. هر دو نویسنده، آزادی قراردادی را شامل آزادی از انعقاد قرارداد نیز می‌دانند و بر این نظرند که رواج روزافزون قراردادهای اجباری **Compulsory contracts** نیز محدودشدن آزادی قراردادی را دوچندان کرده است.

۲. نظر لارنس، حقوق‌دان آلمانی؛ برای مطالعه نظر ایشان، رجوع کنید به: کاتوزیان ناصر، محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده، ۳۳۰.

اگر شغل طرف حرفه‌ای همچون عرضه خواروبار، لباس و غذا جنبه انحصاری نداشته باشد، مکلف بودن آنان بر انعقاد قرارداد با مصرف‌کنندگان به یقین با آزادی قراردادی مغایرت خواهد داشت و از اصولی دیگر چون رفاه، نظم عمومی و قاعده منع سوءاستفاده از حق تبعیت خواهد کرد: دو مغازه‌دار روستایی را تصور کنید که به معلم ساکن در روستا مواد غذایی نفروشدند؛ اولی با این انگیزه که معلم به پسر او نمره قبولی نداده است و دومی نیز با این توجیه که معلم تا به حال از او جنس نخریده است.<sup>۱</sup> مکلف شدن آنان از سوی دادرس بر معامله با آن معلم، به یقین خلاف آزادی قراردادی آنان است، زیرا آنان هیچ تکلیف پیشین بر دایرکردن مغازه در آن روستا و تبعاً معامله با همگان و از جمله با آن معلم را ندارند. اگر دادرس با استناد به نظم عمومی چنین تکلیفی را بر عهده آن دو مغازه‌دار بگذارد، درواقع مصلحت برخورداری آسان و به موقع معلم از مایحتاج خود را بر آزادی معامله‌نکردن مغازه‌دارها ترجیح می‌دهد. چنین استنباطی از اقتضای نظم عمومی به یقین با آزادی قراردادی مغایرت دارد، زیرا تکلیفی مثبت و تأمین‌کننده را بر عهده یکی از طرفین به نفع دیگری می‌گذارد و نه تکلیف منفی خودداری از برهم‌زدن نظم موجود جامعه.

#### ۲.۴. منع تبعیض بین مصرف‌کنندگان

در بند پیشین گفته شد که خودداری از معامله با مصرف‌کننده به جهتی غیرمشروع ممنوع است. یکی از این جهات نامشروع که به تبع حساسیت شدید اخلاقی و مخالفت با حقوق بشر برای خود استقلال یافته است، خودداری تبعیض‌آمیز بر مبنای اوصاف و اجزای شخصیت مصرف‌کننده همچون جنسیت، قومیت، ملیت، نژاد و مذهب اوست.<sup>۲</sup>

امروزه هم قوانین و هم رویه قضایی تبعیض به جهت غیراخلاقی و نامشروع بین مصرف‌کنندگان را منع و حتی با ضمانت اجرای کیفری نیز تضمین کرده است. درخصوص قوانین راجع به ممنوعیت تبعیض بین طرف‌های معامله باید گفت که نخست ردپای قوانین کیفری را در این باره مشاهده می‌کنیم. ماده ۴۵ از قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، در بند ب و ج خود تبعیض را از اعمال مخل رقابت نام برده است. طبق بند ب قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز بین دو یا چند طرف معامله با وجود یکسان‌بودن شرایط معامله، مخل

۱. این دعوا را مرحوم استاد کاتوزیان از حقوق آلمان نقل می‌کند: محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده، ۳۳۰-۳۳۱.

۲. ماده ۷ از قانون تعزیرات حکومتی تبعیض را هم‌ردیف «اخفا و امتناع از عرضه کالا» آورده است. این در حالی است که تبعیض مترادف یا مصداقی از خودداری از معامله نیست. خودداری از معامله یعنی «نمی‌فروشم»، اما تبعیض یعنی «به شما نمی‌فروشم».

رقابت است. طبق بند ج نیز قائل شدن شرایط تبعیض آمیز در معامله با اشخاص مختلف در وضعیت یکسان، عملی ضد رقابت تلقی می‌شود.

طبق ماده ۱-۲۲۵ از کد کیفری فرانسه مصوب سال ۱۹۹۲ «هر نوع تمییز قائل شدن بین اشخاص حقیقی به جهت اصالت‌شان، جنسیت‌شان، وضعیت خانوادگی‌شان، حاملگی‌شان، قیافه فیزیکی‌شان، انتساب پدری‌شان، وضعیت بهداشتی‌شان، وضعیت معلولیت‌شان، خصایص ژنتیکی‌شان، به جهت اخلاق‌شان، به جهت باورها و اعتقادات جنسی‌شان، به جهت سن‌شان، به جهت اعتقادات سیاسی‌شان، به جهت فعالیت‌های سندیکایی‌شان، به جهت تعلق یا عدم تعلق فرضی یا واقعی‌شان به قومیتی، ملیتی، نژادی و یا مذهبی معین تبعیض تلقی می‌شود». ماده مذکور در ادامه مقرر می‌دارد که تبعیض قائل شدن بین اشخاص حقوقی نیز بدین جهت که یک یا چند نفر از اعضایشان از خصایص ذکر شده برخوردارند، در حکم تبعیض بین اشخاص حقیقی بوده و ممنوع است.<sup>۱</sup>

رویه قضایی نیز تبعیض به جهت نامشروع و غیرانسانی را منع کرده است؛ برای مثال، خودداری صاحب هتل از تسلیم اتاق موضوع عقد اجاره به خانم سفیدپوست با این توجیه که از سیاه‌پوست بودن هم‌اتاقی او خبر نداشته است،<sup>۲</sup> خودداری صاحب مغازه از فروش کالا به دو مشتری با این عنوان که عرب‌اند<sup>۳</sup> و امتناع دلال مسکن از اجاره‌دادن با این عنوان که متقاضی سیاه‌پوست و خارجی است،<sup>۴</sup> همگی به جهت مخالفت با اصل برابری همه انسان‌ها از سوی دادگاه‌ها ممنوع و مسئولیت‌آور اعلام شده‌اند.<sup>۵</sup> یکی دیگر از جهات نامشروع تبعیض که از سوی دادگاه‌ها منع شده، عبارت است از وضعیت جسمانی مصرف‌کننده؛ همچون رد مشتری معلول از رستوران<sup>۶</sup> یا منع مسافر معلول از سوار شدن در هواپیما.<sup>۷</sup>

۱. در ادامه، ماده ۲-۲۲۵ از کد مذکور مقرر می‌دارد که تبعیض ذکر شده اگر متضمن خودداری از ارائه کالا یا خدمتی باشد، یا متضمن مشروط کردن ارائه کالا یا خدمتی به یکی از شرایط، خصایص یا اوصاف ذکر شده باشد، به سه سال حبس و ۴۵ هزار یورو جریمه محکوم خواهد شد.

2. CA Doaie, 25 juin 1974, Dalloz 1975, 492.

3. TGI Strasbourg, 21 nov. 1975, 492.

خواستار این دو عرب از مغازه‌دار فرانسوی آبدو بوده است. به نظر دادگاه هیچ قرینه‌ای از سوی آنان بر صرف آبدو در همان محل مغازه و تبعاً مست شدن و به رسوایی کشیدن وجود نداشته است.

4. TGI paris, 30 nov. 1983, RTD com. 1984, 379. Obs. Bouzat.

۵. ماده ۲-۲۲۵ L. به بعد از کد کیفری فرانسه چنین عملی را به حداکثر تا دو سال حبس و جریمه تا سقف ۲۰۰ میلیون فرانک محکوم کرده است. اگر مرتکب شخص حقوقی باشد، طبق ماده ۴-۲۲۵ L. به این مجازات محکوم خواهد شد: جریمه تا سقف یک میلیون فرانک و مجازات تکمیلی مقرر در ماده ۳۹-۱۳۱ L. همچون توقیف فعالیت شخص حقوقی.

6. T. Corr. Paris, 4 Sep. 1995.

7. CA Paris 19 sept. 1994, HCP 1995, II, no 22511, note Moine.

### ۵. نتیجه‌گیری

در مقام نتیجه می‌توان گفت که هر قدر حق مصرف‌کنندگان بر تحصیل کالا و خدمت جدی گرفته می‌شود، بدان اندازه از مصونیت آزادی قراردادی حرفه‌ای‌ها کاسته می‌شود. آن جدی‌گرفتن و این کاستن حکایت از این دارد که حقوق در تراحم آزادی و رفاه سوی دومی متمایل می‌شود و از امپراطوری آزادی قراردادی می‌کاهد. اما همان‌گونه که آرمان‌بودن ملازمه آزادی قراردادی با عدالت اجتماعی ثابت شد، تسلیم‌شدن مطلق آزادی قراردادی در مقابل حق مصرف نیز آرمانی بیش نیست. صراحت و سرعت رویه قضایی در شتافتن سوی حق مصرف متیقن نیست. رویه قضایی ما را به این نتیجه سوق می‌دهد که نه از برتری مطلق حق مصرف بر آزادی قراردادی که از مصادیق یقینی این برتری بحث کنیم و تعدیل‌شدن آزادی قراردادی و در خدمت مصرف‌کننده‌بودن آن را به رخ بکشیم.

### منابع و مأخذ

#### الف) فارسی

۱. ایمانی، عباس و قطمیری، امیررضا (۱۳۸۸). *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*. چاپ اول، انتشارات نامه هستی.
۲. برلین، آیزابا (۱۳۶۸). *چهار مقاله در آزادی*. ترجمه محمدعلی موحد، چاپ دوم، انتشارات خوارزمی.
۳. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳). مبانی فلسفی تفسیر حقوقی. چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴). *ترمینولوژی حقوق*. چاپ هفتم، انتشارات گنج دانش.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *حقوق مدنی. قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار.
۶. ----- (۱۳۸۷). «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده». فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳.
۷. میل، جان استوارت (۱۳۸۵). *رساله درباره آزادی*. ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ پنجم، نشر علمی و فرهنگی.
۸. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۴). *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*. چاپ اول، نشر میزان.
۹. ----- (۱۳۸۲). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصول و مبانی کلی نظام)*. چاپ پنجم، نشر میزان.

#### ب) خارجی

10. Alpha G. (2005). *New perspectives in the Protection of Consumers*, 16 European business Law Review, Issue 4.
11. Alston P. & Steiner H. J. (2000). *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Text and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press.
12. Alston P., (1979), *Human Rights and Basic Needs, A Critical Assessment*, 39 Human Rights Journal.
13. Atiyah P.S. (1979). *The rise and fall of freedom of contract*.
14. Barnett Randy E. (1992). *The Function of Several Property and Freedom of Contract*, 9 Soc. PHIL. & POL'Y.
15. Benohr Iris and Micklitz Hans – W. (2010). *Consumer Protection and Human Rights*, in Howells G., Ramsay I., Wilhelmsson T. and Kraft D. (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar Publishing Limited.
16. Benson Peter (2010). *Contract*, in: *Patterson Dennis, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* Second edition, Blackwell Publishing Ltd.

17. Brownsword Roger (1994). *The philosophy of welfarism and its emergence in the modern English law of contract*, in: Roger Brownsword, Gerant Howells and Thomas Wilhelmsson (edition), *Welfarism in contract law*, Dartmouth.
18. Butt M., Keubert J. and Schultz C. (1999). *Fundamental Social Rights in Europe*, Working Paper, European Parliament, DG for Research, Social Affairs Series.
19. Calais Auloy J et Temple H. (2010). *Droit de la Consommation*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz.
20. Carbonnier Jean (1994). *Droit civil, T. 4, Les obligations*, 18<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F.
21. Caumes Clémentine (2010). *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Thèse, l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse.
22. Decocq A. (1960). *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ.
23. Deutsch S. (1994). "Are Consumer Rights Human Rights?" *Osgood Hall Law Journal*, Vol. 32, No 3.
24. Eide A. and Rosas A. (2001). *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*, in: Eide A., Krause C. and Rosas A. (eds), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, 2<sup>nd</sup> revised ed., The Hague, Kluwer.
25. Flathman Richard E. (1987). *The philosophy and politics of freedom*, University of Chicago Press.
26. Gahdoun P.-Y., (2008), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Montpellier.
27. Ginsburg Douglas H. and Bork Judge (2008). *Consumer Welfare, and Antitrust Law*, 31 *Harvard Journal of Law & Public Policy*.
28. Green T.H. (1906). *Liberal Legislation and the freedom of Contract*, R.L. Nettleship ed.
29. Harding C., Kohl U. and Sakmon N. (2008). *Human Rights in the Marketplace: the Exploitation of rights Protection by Economic Actors*, Aldershot: Ashgate.
30. Kenner J. (2003). *Economic and Social Rights in the EU legal order*, in: Harvey T. and Kenner J.(eds), *Economic and social Rights under the EU charter of fundamental Rights, A legal Perspective*, Oxford and Portland, Hart publishing.
31. Kessler Friedrich & Fine Edith (1964). *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 *HARV. L. REV.*
32. Kristjansson Kristjin (1992). *What Is Wrong with Positive Liberty?*, 18 *Soc.Theory Pract.*
33. Kronman Anthony T. (1980). *Contract Law and Distributive Justice*, 89 *YALE L.J.*
34. Lajoie Christophe (2002). *De la valeur constitutionnel de la liberté contractuelle*, C.R.D.F., n 1.
35. Lefebvre Francis (2000). *Droit des Affaires, Concurrence-Consommation*, Dalloz.
36. Letowska E. (2007). *The Constitutional Aspects of Consumer Protection in Poland*, liberamicon bernd Stauder.
37. Luchaire F. (1982). *Les fondement constitutionnels du droit civil*, R.T.D. Civ.
38. Mestre J. L. (1984). *Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*, Dalloz Chronique.
39. Patterson Dennis (2010). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd.
40. Pauliat H. (1995). "L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent: vers le constat de décès du droit de propriété?", Dalloz, Chron.
41. Posner R. A. (1992). *Economic Analysis of Law*, 4<sup>th</sup>. ed. Boston, MA: Little, Brown and Company.
42. RÉMY P. (2003). "Ouverture", in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz.
43. Revet Th. (1998). "La personne et l'argent", *Mélanges Ch. Mouly, Litec*.
44. Sayag A. (1969). *Essai sur le besoin créateur de droit*, Th. LGDJ.
45. Spits J. F. (2007). "Qui dit contractuel, dit juste": Quelques Remarques sur formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.*
46. Starck Boris (1998). *Roland Henri et Boyer Laurent*, *Droit civil, Les obligations, T. II, Contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec.
47. Terré Francois, Simler Philippe et Lequette Yves (2002). *Droit Civil, Les Obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz.
48. Trebilcock M.J. & Dewees D.N. (1981). *Judicial Control of Standard Form Contracts*, in: Burrows P. and Veljanovski C.G.(eds), *The Economic approach to Law*, London, Butterworths.

- 
49. Weiss M. (2002). *The Politics of the EU Charter of Fundamental Rights*, in: Hepple B. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge University Press.
50. Wiedenbaum M. (1983). *Is the U.N. becoming a global nanny?* The Case of Consumer Protection Guidelines, St Louis Centre for the study of American Business.
51. Wiedenboun M. (1987). "The Case Against The United Nations Guidelines for Consumer Protection", *Journal of Consumer Policy*.